

Heeft de lokale deken een geheimhoudingsplicht en een verschoningsrecht?

Citation for published version (APA):

Fanoy, N. A. M. E. C., Bannier, F. A. W., Spronken, T. N. B. M., & Fermon, J. G. F. (2008). *Heeft de lokale deken een geheimhoudingsplicht en een verschoningsrecht?* Academic publications online.

Document status and date:

Published: 01/01/2008

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 05 May. 2023

Heeft de lokale deken een geheimhoudingsplicht en een verschoningsrecht?

Advies, in opdracht van de Algemene Raad van de
Nederlandse Orde van Advocaten, uitgebracht door

Prof.mr. F.A.W.Bannier
Prof.dr. T.N.B.M. Spronken
Mr. N.A.M.E.C. Fanoy
Mr. J. Fermon

Amsterdam/Maastricht 29 mei 2008

Verschoningsrecht van de Deken

1 Opdracht en vraagstelling.

De Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten heeft bij monde van zijn Secretaris, Mr J.J.H.Suyver, opdracht gegeven een onderzoek in te stellen naar de geheimhoudingsplicht en het daarmee corresponderend verschoningsrecht van de (lokale)Deken in diens hoedanigheid. De te onderzoeken vragen luiden:

- 1) Heeft de Deken in die hoedanigheid een beroepsgeheim resp. komt hem verschoningsrecht toe terzake van de informatie die hij al dan niet desgevraagd als deken van een advocaat of van derden ontvangt of verneemt? Hierbij wordt betrokken de verplichting van advocaten ingevolge Gedragsregel 37 de deken aanstonds inlichtingen te verschaffen.
 - 2) Indien de Deken bij een controle een ander zoals een auditor, die tevens advocaat is, inzet: heeft deze ander dan een van de deken afgeleid beroepsgeheim en verschoningsrecht, aannemend dat de deken inderdaad hierover beschikt?
- Maakt het uit of die ander advocaat is of niet?

Wij tekenen hierbij aan dat wij de opdracht zoals geformuleerd door de Algemene Raad iets ruimer opvatten, met name voor wat betreft de bron van informatie die tot de Deken komt. Veel van die informatie is afkomstig van anderen dan advocaten.

Het onderzoek werd uitgevoerd door:
Prof. Mr. F.A.W. Bannier, Bijzonder Hoogleraar Advocatuur
aan de Universiteit van Amsterdam,
Prof. Dr. T.N.B.M. Spronken, Hoogleraar Straf(proces)recht aan
de Universiteit Maastricht,
Mr N.A.M.E.C. Fanoy, als docent en onderzoeker, tevens
promovenda, verbonden aan de Leerstoel Advocatuur bij de
Universiteit van Amsterdam,
Mr.J.Fermon, promovendus (rechtsvergelijkend onderzoek naar
de waarborging van het verschoningsrecht in de EU) aan de
Universiteit Maastricht en advocaat aan de Brusselse balie.

Het onderzoek en de redactie van deze rapportage is op
dusdanige wijze uitgevoerd dat de vier onderzoekers allen voor
het geheel verantwoordelijk zijn.

Het rapport is als volgt ingedeeld:

1. Inleiding en vraagstelling
2. Controle WID/MOT en het verschoningsrecht van de Deken
3. Algemene doelstelling verschoningsrecht en
geheimhoudingsplicht
4. Positie Deken
5. Verschoningsrecht Deken
6. Voorstel aanpassing Advocatenwet

2 Controle WID/MOT en het verschoningsrecht van de Deken

De vraag of de Deken in zijn hoedanigheid over een geheimhoudingsplicht dan wel een verschoningsrecht beschikt is uitdrukkelijk in de belangstelling komen te staan toen voorgesteld werd de controle op het naleven van de WID en Wet MOT aan de Dekens op te dragen, daarbij geassisteerd door “auditors”.

Deze vraag is ook als volgt weer te geven: Loopt een advocaat het risico dat informatie die onder zijn geheimhoudingsplicht valt tegen zijn wil aan derden kan worden bekend gemaakt omdat de Deken, aan wie die informatie is doorgegeven, respectievelijk de daarbij ingeschakelde auditor, niet over een geheimhoudingsplicht/verschoningsrecht beschikken?

De mogelijkheid die de Witwasrichtlijn openlaat om het toezicht over te laten aan een zelfregulerende instantie, i.c. aan de Orde van Advocaten zelf, is in Nederland in strikte zin niet benut. Het toezicht op de naleving van de meldingsplicht is toevertrouwd aan het Bureau Financieel Toezicht (BFT). De niet-naleving levert een economisch delict op, met de opsporing waarvan de Fiod/Ecd belast is. Wel zijn er afspraken tussen het BFT en de Orde gemaakt die erop neerkomen dat de feitelijke controle in handen van de Orde is. De naleving van de WID en Wet MOT wordt gecontroleerd via de Centrale Controle Verordening. Aan de hand van de uitkomsten hiervan wordt een steekproef gehouden onder advocaten die verklaren te voldoen aan de Verordening, dan wel hebben aangegeven geen Wid-plichtige diensten te verlenen.

Bij advocaten die in de steekproef vallen, komt een auditor Wid/MOT langs. De auditor, die een advocaat is en volgens de Orde dus aan het beroepsgeheim is gebonden, is bevoegd om naast de algemene controle van de naleving van de Wid en de Wet MOT een aantal dossiers inhoudelijk te controleren. De auditor controleert of cliënten op de juiste wijze worden geïdentificeerd en of de juiste gegevens worden bewaard. Tijdens de inhoudelijke controle van de dossiers let de auditor specifiek op de tijdige identiteitsvaststelling en op eventuele MOT-zaken die gemeld hadden dienen te worden. Na

afloop van de audit geeft de auditor, indien nodig, verbeterpunten aan. De advocaat heeft dan drie maanden de tijd om de verbeterpunten door te voeren, waarna een heraudit wordt uitgevoerd. Na afloop van de (her)audit rapporteert de auditor aan de deken in het betreffende arrondissement. Naar aanleiding van de uitkomsten van de (her)audit kan de deken gebruik maken van zijn bevoegdheid bezwaren aan de Raad van Discipline voor te leggen. De naleving van de WID en Wet MOT is wat dat betreft in handen van de tuchtrechter.

Afspraak is dat het BFT volstaat met systeemtoezicht op het door de Orde uit te voeren reguliere toezicht in het kader waarvan door de orde uitsluitend geanonimiseerd wordt gerapporteerd. Alleen bij bijzondere aanwijzingen kan het BFT zelf een onderzoek instellen.

Inmiddels zijn er vragen gerezen over het verschoningsrecht van de Deken en de auditors, waar dit onderzoek betrekking op heeft en is er tussen de Orde en het BFT een verschil van inzicht ontstaan over de bevoegdheden van het BFT om in het kader van controle inzage in dossiers te vragen. Wat deze laatste bevoegdheid betreft heeft het Hof Amsterdam in een zaak waarin de BFT inzage had gevraagd in dossiers van een Notariskantoor uitgemaakt dat het BFT een dergelijke bevoegdheid niet toekomt.¹ Een gelijksoortige procedure is uitgelokt door een advocatenkantoor in Breda. De hierop betrekking hebbende zaak is thans nog aanhangig.

¹ Hof Amsterdam 25 oktober 2007, LJN BB6708.

3 Algemene doelstelling verschoningsrecht en geheimhoudingsplicht.²

Het verschoningsrecht, dat kan worden gedefinieerd als de uitzondering op de verplichting om als getuige ten overstaan van de rechter vragen te beantwoorden, belichaamt een belangrijk en algemeen aanvaard uitgangspunt: eigen aan een geciviliseerde samenleving is dat in de rechtspleging de waarheid niet ten koste van alles boven water moet worden gehaald. De waarheidsvinding in rechte is daarom genormeerd door processuele regels die de uitkomst zijn van belangenafwegingen tussen botsende rechtstatelijke, mensenrechtelijke en andere – humanitaire of democratische – principes. Zo is ook het verschoningsrecht het resultaat van een belangenafweging waarbij de waarheidsvinding, hoe zwaar die ook als algemeen belang moge wegen, het aflegt tegen een zwaarwegender belang.

Artikel 192 Sr stelt het weigeren te verklaren strafbaar indien men als getuige is opgeroepen. Bovendien kan, in strafzaken, de weigerachtige getuige op grond van art. 221 Sv of 294 Sv worden gegijzeld ten einde hem tot spreken te dwingen. In civiele zaken is hetzelfde bepaald in art. 173 Rv. Dat geldt echter niet voor degene wiens beroep op een verschoningsrecht wordt gehonoreerd. Het zogenaamde professionele verschoningsrecht dat onder anderen aan advocaten en artsen toekomt, is voor het strafproces geregeld in art. 218 Sv in de vierde afdeling van Titel III van het Wetboek van Strafvordering, welke afdeling over het verhoor van de getuige in het gerechtelijk vooronderzoek gaat. Art. 218 Sv is ingevolge art. 290 lid 3 Sv van overeenkomstige toepassing bij het verhoor van de getuige ter zitting:

‘Van het geven van getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen kunnen zich ook verschoonen zij die uit hoofde van hun stand, hun beroep of hun ambt tot

² Deze paragraaf is ontleend aan Chrisje Brants en Taru Spronken, Het professionele verschoningsrecht: de arts, de advocaat en de journalist in de Nederlandse strafpraktijk, preadvies Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht, Wolf Legal Publishers, Tilburg 2006. Voor uitgebreide literatuurverwijzing wordt verwezen naar dit preadvies.

geheimhouding verplicht zijn, doch alleen omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zoodanig is toevertrouwd.

In civiele zaken is het verschoningsrecht geregeld in art. 165 lid 2 en 3 Rv., voor wat advocaten betreft met name in lid 2 onder *b*, waarvan de tekst inhoudelijk gelijk is aan 218 Sv.

Het bepaalde in art. 272 Sr, dat opzettelijke schending van het beroepsgeheim strafbaar stelt, koppelt geheimhouding aan het verschoningsrecht: wie beroepshalve informatie onder zich heeft dat hij uit hoofde van zijn beroep geheim dient te houden, moet daarover zwijgen, met andere woorden, kan zich, moet zich soms, op zijn verschoningsrecht beroepen.

‘Hij die enig geheim waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift dan wel vroeger ambt of beroep verplicht is het te bewaren, opzettelijk schendt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie.’

Beroepsbeoefenaren kunnen zich volgens art. 218 Sv dan wel art. 165 lid 2 Rv alleen maar verschonen ‘omtrekt hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zoodanig is toevertrouwd’. De term ‘als zoodanig’ betekent dat het bij het verschoningsrecht gaat om informatie die in het kader van de beroepsuitoefening is verkregen. Wat daaronder wordt verstaan zal van beroep tot beroep verschillen. Het begrip ‘toevertrouwd’ wordt in de jurisprudentie ruim uitgelegd. Het betreft alle informatie die de beroepsbeoefenaar bij de uitoefening van zijn werkzaamheden ontvangt, inclusief alle waarnemingen en ondervindingen in het kader van die werkzaamheden, ongewild of toevallig verkregen informatie en informatie van derden.³ Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen meer of minder vertrouwelijke gegevens.⁴ In de lagere rechtspraak is

³ Zie bijvoorbeeld HR 24 januari 2006, NJ 2006, 109 waarin is uitgemaakt ook een dagboek van de moeder van een cliënt, dat door de moeder aan de advocaat was verstrekt, heeft te gelden als toevertrouwde wetenschap en voor een gelijksoortige beslissing – het ging om notulen van een vergadering die aan een advocaat waren gegeven – Rb Maastricht 25 juli 2006, LJN AY 5445.

⁴ Zie onder meer HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173; HR 18 december 1998, NJ 2000, 341.

wel beslist dat zogenaamde ‘neutrale feiten’ zoals bijvoorbeeld personalia en adresgegevens, of het tijdstip waarop een patiënt het ziekenhuis is binnengekomen,⁵ of het feit dat er een afspraak is gemaakt met een advocaat,⁶ op zichzelf niet onder de geheimhoudingsplicht en dus ook niet onder het verschoningsrecht vallen. Dat is niet juist. In wezen zijn er geen neutrale feiten. Op het moment dat in het kader van een procedure of opsporing dit soort feiten interessant zijn, verliezen zij hun neutraliteit.⁷

Voorts worden op grond van de artt. 217-219 Sv, in art. 137 Sr verschoningsgerechtigden uitgesloten van de in art. 135 en 136 opgenomen aangifteplicht wanneer zij kennis hebben van een voornemen tot het plegen van sommige misdrijven tegen de veiligheid van de staat en eventueel daaruit te ontstaan levensgevaar, en ten aanzien van een aantal ernstige misdrijven zoals moord, mensenroof, verkrachting of misdrijven waardoor de algemene veiligheid van personen of goederen in gevaar wordt gebracht.⁸ Ook hier is, voor zover het een professionele verschoningsgerechtigde betreft, een koppeling met de geheimhoudingsplicht: het moet wel gaan om beroepsgerelateerde informatie ‘waarvan hij [de verschoningsgerechtigde] weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift dan wel vroeger ambt of beroep verplicht is het te bewaren’.

In het kader van de relatie tussen de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht is veel gedebatteerd over de vraag of de geheimhoudingsplicht die voortspruit uit beroepsmatige werkzaamheden, ongeacht de aard van het beroep, zonder meer tot een verschoningsrecht leidt of dat nog aan andere eisen moet worden voldaan. In 1913 heeft de Hoge Raad in het Liefdehuisarrest de richting van de verdere jurisprudentie over verschoningsgerechtigde beroepen bepaald.⁹ Een arts werd als getuige opgeroepen omdat hij in het Eindhovense Liefdehuis een vrouw had behandeld, die ervan

⁵ Rb ‘s-Hertogenbosch 10 februari 1983, *NJ* 1984, 18.

⁶ Rb Alkmaar 1 juli 2003, *NJ* 2003, 64. Zie voor een andersluidende beslissing in een gelijke situatie waarin wel beslist werd dat een inleidend telefoongesprek onder het verschoningsrecht valt Hof Amsterdam 9 september 2002, *NbSr* 2002, 284.

⁷ F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken*, Maastricht: Uitgeverij Gianni, 2004 p. 211.

⁸ Deze laatste zijn de misdrijven vermeld in Titel VII van het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht.

⁹ HR 21 april 1913, *NJ* 1913, 958 (Liefdehuis).

werd verdacht abortus te hebben gepleegd. Ten opzichte van de rechter-commissaris beriep de arts zich op zijn verschoningsrecht. De rechtbank meende dat de arts geen verschoningsrecht toekwam, omdat het ging om zijn bevindingen bij de behandeling van de vrouw en niet om enig aan hem toevertrouwd geheim. De arts werd gegijzeld. Het hof dacht er anders over en liet de arts weer vrij. Uiteindelijk oordeelde de Hoge Raad dat de verplichting tot geheimhouding voortspuit uit de aard van het beroep en: ‘dat die eischen ten aanzien van het geneeskundige beroep medebrengen, dat een ieder, die zich of een der zijnen onder behandeling stelt van een geneesheer, erop kan rekenen, dat hetgeen deze bij die behandeling door mededeelingen van den zieke zelf of te zijnen behoefte gedaan of door eigen onderzoek omtrent zijn patiënt te weten komt – al hetwelk geacht moet worden den geneesheer als zoodanig te zijn toevertrouwd – geheim blijve, vermits alleen bij voldoening aan dien eisch kan worden voorkomen, dat de zieken zelve of zij, die geroepen zijn voor hen te zorgen, uit vrees voor zijn openbaarheid zich laten weerhouden geneeskundige hulp in te roepen en dus slechts dán het doel van het aan geneeskundigen toekomende verschoningsrecht kan worden bereikt.’

Met deze uitleg heeft de Hoge Raad de in aanmerking komende beroepen aanzienlijk beperkt. Immers slechts die beroepen komen voor het verschoningsrecht in aanmerking, die naar behoren kunnen worden uitgeoefend als de geheimhouding onder alle omstandigheden door de beroepsbeoefenaar kan worden gegarandeerd. De Hoge Raad heeft daaraan in het Notaris Maas-arrest toegevoegd dat de grondslag van het professionele verschoningsrecht moet worden gezocht in:

‘een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden’ zwaarder weegt dan de waarheidsvinding.¹⁰

¹⁰ HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 (Notaris Maas).

Op dit algemene rechtsbeginsel kan een beroep worden gedaan zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag is vereist, maar niet iedereen die meent dat zijn beroepsbeoefening bij geheimhouding is gebaat, wordt als verschoningsgerechtigde erkend. In de loop der tijd zijn in de rechtspraak nadere voorwaarden geformuleerd die een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of een beroepsbeoefenaar in aanmerking komt voor een verschoningsrecht. Verburg komt op grond van de jurisprudentie en literatuur tot twee soorten criteria: de beroepswaarborgen en de relatie-eisen. Beroepswaarborgen betreffen de specifieke deskundigheid van de beroepsbeoefenaar; toelatingseisen in de vorm van opleiding en/of ervaring; het duurzame karakter van de werkzaamheden en de behoefte daaraan in de samenleving; en onderwerping aan regels met betrekking tot de beroepsuitoefening. De relatie-eisen van het beroep hebben betrekking op de relatie tussen hulpverlener en hulpvrager: het beroep moet functioneren op basis van vertrouwelijke informatie; de onbelemmerde uitoefening van het beroep moet staan of vallen met een strikte bescherming van het vertrouwen; de goede uitoefening van het beroep wordt gezien als een algemeen belang van hoge orde; en het beroep voorziet in een exclusieve deskundigheid waarop de hulpvrager aangewezen is.¹¹

In de jurisprudentie is het algemene belang dat met de behoorlijke uitoefening van het beroep gemoeid is, zoals blijkt uit het Liefdehuis-arrest en het Notaris-Maas arrest, doorslaggevend voor de toekenning van een verschoningsrecht. Verschoningsrecht wordt alleen toegekend aan die geheimhoudingsplichtigen, waarvan de maatschappelijke functie zo belangrijk wordt geacht dat het belang van de waarheidsvinding daarvoor moet wijken – tot nu toe uitsluitend beroepen die een hulp- of dienstverlenend karakter hebben. In zoverre is de erkenning van het professionele verschoningsrecht het resultaat van een afweging van het belang van de waarheidsvinding tegenover het belang dat de hulpverlener de vertrouwelijke communicatie met een cliënt/patiënt kan garanderen. Als de hulpverlening zonder deze garantie niet of moeilijk tot stand kan komen en aan de hulpverlening een groot maatschappelijk

¹¹ J.J.I. Verburg, Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken, (dissertatie Leiden), Meppel: Krips Repro, 1975 p. 87 e.v. Deze criteria worden nog steeds als geldend beschouwd.

belang wordt gehecht, weegt het belang dat ieder zich zonder vrees voor openbaring vrijelijk tot de hulpverlener moet kunnen wenden, zwaarder dan het belang van de waarheidsvinding. Het verschoningsrecht dient daarmee niet alleen het individuele belang van de cliënt/patiënt maar ook een publiek belang, omdat het niet alleen gaat om het individu, maar ook om het maatschappelijke belang dat potentiële hulpzoekers niet geremd worden bij het consulteren van de beroepsbeoefenaar.

Het professionele verschoningsrecht heeft dus twee facetten die van elkaar moeten worden onderscheiden: het recht om geen informatie te hoeven verstrekken aan derden, het eigenlijke verschoningsrecht, en de plicht ten opzichte van de belanghebbende – hiermee wordt bedoeld de cliënt of patiënt – om gegevens geheim te houden die zijn verkregen in het kader van de professionele werkzaamheden, de geheimhoudingsplicht. Het verschoningsrecht beschermt in feite de geheimhoudingsplicht. De geheimhoudingsplicht hoeft geen wettelijke grondslag te hebben, maar dient wel uit de aard van het beroep voort te vloeien.

Centraal in dit onderzoek staat de vraag of de Deken in zijn hoedanigheid ook op basis van voornoemde criteria een verschoningsrecht toekomt. Daartoe wordt eerst ingegaan op de positie van de Deken en vervolgens op de vraag of hem in die positie een geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht toekomt.

4 . Positie Deken. Zijn functie, taken en bevoegdheden.

‘Deken’ komt in twee functies in de Advocatenwet voor:

- in de rol van voorzitter van de Algemene Raad, het bestuur van de landelijke Orde. In deze hoedanigheid wordt gesproken van de Algemeen Deken, of ook wel de Landelijk Deken;
- in de rol van voorzitter van de Raad van Toezicht, het bestuur van de lokale ordes. Deze Deken wordt wel de Lokale Deken genoemd.

In deze studie spreken we over de Deken in de tweede betekenis, de Lokale Deken.

De Deken heeft een complexe functie, die slechts ten dele in de Advocatenwet is geregeld.

Hij is:

- (a) Voorzitter van de Raad van Toezicht en van de vergadering van advocaten binnen de lokale orde (Art 38 Advw); hij heeft als zodanig een bestuurlijke rol (Art 32 lid 1 Advw);
- (b) Controleur met betrekking tot de naleving van een aantal verordeningen (Verordening op de beroepsaansprakelijkheid art. 5, Boekhoudverordening art. 5 en 6, Verordening op de Praktijkuitoefening (WID, MOT) art. 3, Verordening Permanente Opleiding art. 6);
- (c) Degene bij wie klachten moeten worden ingediend (art 46c lid 1 Advw) en
- (d) Degene die de klacht onderzoekt (Art 46c lid 2 Advw) en zo nodig voorbereidt om naar de Raad van Discipline te worden doorgestuurd (art. 46d lid 3, 4 etc. Advw) ;
- (e) Degene die bij elke ingediende klacht moet zien of deze geschikt kan worden (Art 46d Advw);
- (f) Degene die ambtshalve een klacht (‘bezwaar’) tegen een advocaat kan indienen bij de RvD (art. 46f Advw);
- (g) Degene die een maatregel in de zin van art. 60b Advw kan uitlokken mbt een advocaat die ‘tijdelijk of blijvend geen blijk geeft zijn praktijk behoorlijk te kunnen uitoefenen’ en

- (h) Degene die een onderzoek dat mogelijk kan leiden tot een verzoek als bedoeld in Art 60b kan vorderen (art. 60c Advw);
- (i) Degene die uit hoofde van de Gedragsregels in verschillende gevallen geconsulteerd moet worden (bijv. Gedragsregel 12, 20, 22 lid 2);
- (j) Degene die buiten de hiervoor genoemde gevallen dikwijls door de leden van 'zijn' orde om advies gevraagd wordt en in het verlengde hiervan
- (k) Degene die bij geschillen tussen advocaten onderling of advocaten en cliënten of ook derden bemiddelt;
- (l) Degene die op de voet van art. 13 Advw een advocaat kan toewijzen aan iemand die zelf geen advocaat heeft kunnen vinden.

Hiernaast kan de Deken ook representatieve en andere taken, zoals voorlichtende, vervullen.

Het uitoefenen van al deze taken en bevoegdheden staat in het teken van de zorg voor een integere en deskundige beroepsuitoefening van de advocaat ten behoeve van de rechtzoekende. Het gaat dan ook om een zeer belangrijke rol die het goede functioneren van de Nederlandse Orde direct raakt. De Deken kan terugvallen op de genoemde artikelen van wet, verordeningen en gedragsregels, waarin hem taken worden opgedragen, bevoegdheden worden verleend en waarin aan advocaten verplichtingen jegens hem worden vastgelegd. Wanneer een advocaat een verplichting jegens de Deken niet nakomt kan daarop een bezwaar gebaseerd worden (zie (f) hierboven).

Hoewel de Deken een rol vervult die de advocatuur aan zijn opdracht in de samenleving helpt te beantwoorden, beoefent de Deken in die hoedanigheid niet de advocatuur zelf. Dit is in vaste jurisprudentie van het Hof van Discipline uitgemaakt.¹² Dit laatste is van belang in het kader van dit onderzoek omdat een advocaat

¹² Zie Boekman-Bannier, *Advocatentucht* p 39-41.

wel, maar een niet-advocaat, behoudens in enkele - hier niet aan de orde zijnde gevallen - geen verschoningsrecht heeft.

In zijn rol als controleur en als centrale figuur in het tuchtrecht in de instructiefase is de Deken afhankelijk van informatie die de gecontroleerde advocaat of de advocaat die onderwerp van een klacht is hem moet geven. Deze rollen zijn niet uit te voeren als de betrokken advocaat zich jegens de Deken op een verschoningsrecht of het “nemo tenetur-beginsel” mag beroepen. De Deken beschikt immers niet over bijzondere bevoegdheden en dwangmiddelen die hem in staat stellen om informatie te verwerven die voor zijn hier bedoelde taken noodzakelijk is.

De Deken kan hierbij niet terugvallen op een wetsbepaling. Hem staat (slechts) Gedragsregel 37 ten dienste: “Bij een tuchtrechtelijk onderzoek of een verzoek om informatie van de deken dat met een mogelijk tuchtrechtelijk onderzoek of een aan de deken opgedragen controle verband houdt, is de advocaat tegen wie het onderzoek of de controle gericht is, verplicht alle gevraagde inlichtingen aanstonds te verstrekken, zonder zich op zijn geheimhoudingsplicht te kunnen beroepen, behoudens in bijzondere gevallen. (...)”.

Het beginsel dat neergelegd is in deze Gedragsregel wordt door het Hof van Discipline en de lagere tuchtrechters strak gehandhaafd. Daarbij beroept de tuchtrechter zich niet op de Gedragsregels maar ziet dit als iets wat een behoorlijk advocaat betaamt, als een verplichting rechtstreeks voortvloeiend uit art 46 Advw. De advocaat die de Deken niet alle gevraagde informatie verschaft kan onveranderlijk op een disciplinaire correctie rekenen.

Door aan deze verplichting te voldoen zal de advocaat meer dan eens informatie verstrekken die onder zijn geheimhoudingsplicht valt of die hem zelf tot nadeel kan strekken of zelfs schade kan toebrengen.

Aangenomen mag worden dat, in de praktijk, altijd ervan uit gegaan is dat de Deken inderdaad in hoedanigheid een geheimhoudingsplicht en een verschoningsrecht heeft. Een beroep op het nemo tenetur beginsel duikt met enige regelmaat op in de jurisprudentie van tuchtrechtcolleges; het wordt altijd weerlegd met de redenering dat zo'n beroep de goede uitvoering van het tuchtrecht zou frustreren. Daarbij zijn de samenstellers van dit rapport geen uitspraken bekend waarbij een verwerende advocaat zich erop beroept dat de door hem prijs te geven beroepsgeheimen via de Deken kunnen uitlekken daar deze geen beroepsgeheim resp. verschoningsrecht zou hebben.

5 Heeft de Deken in die hoedanigheid een geheimhoudingsplicht en een verschoningsrecht?

5.1 Uit hetgeen hiervoor is opgemerkt volgt dat op de vraag of de Deken in zijn hoedanigheid een geheimhoudingsplicht respectievelijk een verschoningsrecht heeft geen expliciet antwoord in de tuchtrechtelijke jurisprudentie is te vinden, althans niet in de gepubliceerde uitspraken en ook niet – in ieder geval niet rechtstreeks – in enige uitspraak van de gewone rechter¹³. Het antwoord is evenmin te vinden in enig wetsartikel of in de Gedragsregels.

Aan het slot van Hoofdstuk 4 werd al aangegeven dat de praktijk er van uit gaat dat de Deken een verschoningsrecht heeft. Wij delen deze opvatting: de Deken beschikt over een geheimhoudingsplicht en over een verschoningsrecht. Als in het vervolg over hetzij geheimhoudingsplicht hetzij verschoningsrecht gesproken wordt worden beide bedoeld tenzij de context een beperktere bedoeling duidelijk maakt.

Dit verschoningsrecht komt in drie vormen voor namelijk als:

1. een “zuiver afgeleid” verschoningsrecht in het geval de advocaat de Deken om advies vraagt;
2. een ‘afgeleid sui generis’ verschoningsrecht indien de advocaat verplicht is ingevolge Gedragsregel 37 informatie die onder zijn geheimhoudingsplicht valt te verschaffen aan de Deken;
3. een ‘sui generis’ verschoningsrecht in alle andere gevallen waarin de Deken in zijn functie optreedt en informatie ontvangt in het kader van een controlefunctie zoals toezicht op de naleving van de WID en Wet MOT of van derden.

¹³ Zie hoofdstuk 3 waaruit blijkt dat de leer van het verschoningsrecht vrijwel geheel gevormd is door rechterlijke uitspraken.

‘Afgeleid’, zoals gebruikt onder 1., betekent hier dat het verband houdt met het verschoningsrecht van de advocaat. In deze, de oorspronkelijke, betekenis wordt onder een afgeleid verschoningsrecht verstaan het recht dat een niet verschoningsgerechtigde toekomt op wie de advocaat een beroep doet bij de uitoefening van zijn advocatenpraktijk. De secretaresse, de ingeschakelde accountant, letselschadedeskundige enz.¹⁴

Hiernaast zijn er situaties waar de aan de Deken bekend geworden informatie wel of in ieder geval gedeeltelijk onder een reeds bestaand verschoningsrecht valt. Hierbij moet gedacht worden aan informatie die die een advocaat *verplicht* aan de Deken moet geven in het kader van een tuchtrechtelijk onderzoek, of waar anders een zwijgrecht van de advocaat zou moeten worden erkend (*nemo tenetur*). Hier kan een ‘afgeleid sui generis’ verschoningsrecht worden geconstrueerd omdat het gaat om informatie die een verschoningsgerechtigde advocaat moet afgeven, niet in het kader van het inwinnen van een advies, maar in het kader van de toezichthoudende en onderzoekstaak van de Deken. Het ‘geheime’ karakter van de informatie kan niet dat geheime karakter verliezen omdat het in deze situatie aan de Deken moet worden onthuld.

Het zuivere ‘sui generis’ verschoningsrecht geldt als een klager of een derde informatie verschaft in het vertrouwen dat deze informatie niet verder bekend gemaakt zal worden. Een verschoningsrecht van de Deken is dan niet afgeleid in de hierboven weergegeven zin.

In deze categorie rekenen wij ook informatie die de Deken ontvangt in het kader van het toezicht op de naleving van de witwasbepalingen. Al deze voorbeelden hebben gemeen dat de Deken zonder een verschoningsrecht de hem opgedragen rol niet

¹⁴ Diegenen die werkzaam zijn voor een verschoningsgerechtigde (bijvoorbeeld ondergeschikte medewerkers zoals kantoorpersoneel) hebben een afgeleid verschoningsrecht: HR 6 december 1955, *NJ* 1956, 52. Ook deskundigen die door een verschoningsgerechtigde advocaat zijn ingeschakeld hebben een afgeleid verschoningsrecht ten aanzien van stukken c.q. gegevens die onder diens geheimhoudingsplicht vallen: HR 29 maart 1994, *NJ* 1994, 552; HR 12 februari 2002, *NJ* 2002, 440.

kan spelen omdat hij zonder een verschoningsrecht niet onvoorwaardelijk alle nodige informatie kan krijgen.

5.2 Het bestaan van een (al dan niet ‘afgeleid’ zoals hierboven bedoeld) ‘sui generis’ verschoningsrecht voor de Deken baseren wij op drie gronden:

- (i) het systeem van het voor advocaten geldende recht waaronder ook het tuchtrecht;
- (ii) jurisprudentie en literatuur;
- (iii) Europees recht;

Daarenboven vinden wij enige steun in de rechtsvergelijking, ihb met enkele andere CCBE lidstaten.

Wij werken deze gronden uit, waarbij wij erop wijzen dat de gronden tot op zekere hoogte afzonderlijk beschouwd kunnen worden maar ook in verband met elkaar.

(i) Het systeem

De geheimhoudingsplicht geldt als een fundamenteel beginsel dat de advocaat in de uitoefening van zijn beroep in acht behoort te nemen. Aldus verwoordt het Hof van Discipline het in een constante jurisprudentie.¹⁵

Het verschoningsrecht is, zoals reeds in Hoofdstuk 2 is aangegeven, door de Hoge Raad gekwalificeerd als een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat bij bepaalde vertrouwenspersonen “het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaring van het besprokene tot hen moet kunnen wenden.”¹⁶ Advocaten gelden als zulke vertrouwenspersonen. Dit betekent dat er een bepaalde categorie informatie is, waarvan het vertrouwelijke karakter bij de advocaat bescherming krijgt boven het als algemeen maatschappelijk rechtsbeginsel gekwalificeerde belang van waarheidsvinding.

¹⁵ Zie Boekman-Bannier, p. 73 e.v.

¹⁶ HR 1 maart 1985, NJ 1986 nr 173 “Notaris Maas”

De advocaat werkt in een beroepsomgeving (de Orde), die is geregeld in de Advocatenwet en de (in)direct daarop gebaseerde interne regelgeving, in het bijzonder de Verordeningen maar ook de Gedragsregels. Die beroepsomgeving kan naar behoren functioneren wanneer dat complex van regelgeving gerespecteerd wordt. Hiertoe is vereist dat de Deken de hem daarin opgedragen taken kan uitvoeren. Dat betreft dan in het kader van dit onderzoek met name de rol binnen het tuchtrecht en die bij de controle van bepaalde verordeningen. Iets anders gezegd: de Orde kan tekort schieten in haar functioneren als het tuchtrecht niet goed functioneert dan wel de naleving van verordeningen niet gecontroleerd kan worden.

Voor het vervullen van zijn taak is de Deken in belangrijke mate afhankelijk van informatie die advocaten hem moeten verschaffen. Een tuchtrechtelijk onderzoek is gedoemd te falen of tenminste (zeer) onvolledig te blijven als een advocaat naar eigen believen informatie kan achterhouden. Bij controles springt dit nog sterker in het oog. Die kunnen niet uitgevoerd worden als de advocaat geen informatie hoeft te geven.

Veel van de bedoelde informatie zal onder de geheimhoudingsplicht van de advocaat vallen, met name waar het gaat om informatie omtrent de relatie tot de cliënt.

Bij controle op de naleving van verordeningen zal het geheime karakter minder evident zijn, zo al aanwezig. Of een advocaat wel of niet de voorgeschreven verzekering tegen beroepsaansprakelijkheid heeft lijkt ons moeilijk als een beroepsgeheim te kwalificeren, bijvoorbeeld. Toch zal de advocaat, die hiermee informatie prijs geeft die hem tuchtrechtelijk in de problemen kan brengen, liever niet antwoorden. Om de Deken in staat te stellen zijn taken uit te voeren dient de advocaat hem de nodige informatie te geven, geheim of niet, nemo tenetur of niet. Dit ligt vast in Gedragsregel 37 en in constante jurisprudentie van het Hof van Discipline.¹⁷

Deze plicht tot onthullen kan alleen zinvol bestaan als de informant erop kan rekenen dat de informatie uitsluitend gebruikt

¹⁷ Zie recentelijk HvD 14-2-2005, Adv.bl. 2006, p 253 en voor een iets uitgebreider beschrijving Boekman-Bannier, p.189-190.

wordt overeenkomstig het doel waarvoor deze verschaft is. Iedere ruimere opvatting zou tot feitelijke uitholling van de geheimhoudingsplicht leiden en daardoor het, mede op het bestaan van een vèr gaande plicht tot geheimhouding gebaseerde, functioneren van de advocatuur schaden.

Dit kan ook aldus gezegd worden: het functioneren van de advocatuur is gebaseerd op fundamentele uitgangspunten zoals de geheimhoudingsplicht maar ook het naleven van bepaalde regels. Dit systeem wordt in evenwicht gehouden door het tuchtrecht en de mogelijkheid de naleving van de regels te controleren. Door het tuchtrecht en die controle minder effectief te maken wordt het gehele systeem verzwakt. Cruciaal in het evenwichtige systeem is de mogelijkheid voor de Deken om informatie in te winnen ongeacht of deze geheim is. Die mogelijkheid moet echter niet verder gaan dan noodzakelijk en bovendien de verschaffer van de informatie het vertrouwen geven dat dit ook zo is. Dat kan alleen bereikt worden door voor de Deken een geheimhoudingsplicht aan te nemen en een daarmee corresponderend verschoningsrecht. Bij afwezigheid van enige bepaling van deze strekking moet dit als inherent aan het systeem beschouwd worden.

Een bevestiging van het algemeen aanvaarden van dit verschoningsrecht zien wij ook in de algemeen toegepaste en in protocollen en afspraken vastgelegde praktijk om de Deken aanwezig te laten zijn bij een doorzoeking van een advocatenkantoor¹⁸. Hij waakt daar over de geheimhoudingsplicht van de advocaat en adviseert (zeg maar: beslist) of een bepaald stuk in beslag genomen mag worden of niet. Dat kan hij alleen doen als het boven iedere twijfel verheven is dat hij niet even later als getuige opgeroepen kan worden (met uiteraard spreekplicht) met betrekking tot de stukken die hij geheim bevonden heeft.

Kortom naar onze overtuiging heeft de Deken een verschoningsrecht dat aan zijn hoedanigheid verbonden is.

¹⁸ Zie hiervoor ook *“Beroepsgeheim en verschoningsrecht. Handboek voor advocaat, medisch hulpverlener, notaris en geestelijke”* Den Haag, SDU Uitgevers, 2008, blz 63 en daar vermelde jurisprudentie.

Iedere andere opvatting zou het systeem in ernstige mate beschadigen.

Dit geldt allereerst informatie die al door een geheimhoudingsplicht beschermd wordt. Dat karakter kan er niet aan ontnomen worden door daarin noodzakelijk de Deken te doen delen: de door ons als ‘afgeleid sui generis’ aangeduide Deken-geheimhoudingsplicht. Met betrekking tot niet reeds geheime informatie eist het systeem dat deze niet verder gebruikt wordt dan waarvoor de Deken deze nodig heeft om het systeem te doen functioneren. Anders zou de inbreuk op het nemo teneturbeginsel niet meer te rechtvaardigen zijn.

Het voorgaande kan onverkort worden toegepast op informatie die door anderen dan advocaten verstrekt wordt voor zover geheim blijven daarvan in het belang van het functioneren van de advocatuur vereist is. Denk aan een particulier die een klacht in dient. Deze zal als regel niet over een geheimhoudingsplicht beschikken, laat staan een verschoningsrecht. Bij veel klachten zal echter informatie een rol spelen die de klager als vallend onder de geheimhoudingsplicht wil, en mag, beschouwen. Denk aan zaaksgebonden gegevens bij een klacht over de kwaliteit van de dienstverlening. Om klagers niet af te schrikken en daardoor het tuchtrecht te kort te doen, dient dit soort informatie evenzeer door de Deken geheim gehouden te worden, voor zover beperkte openbaarmaking niet door de aard van het tuchtrecht meegebracht wordt. Van een ‘afgeleide geheimhoudingsplicht’ zoals hiervoor besproken is natuurlijk geen sprake. Hier is een geheimhoudingsplicht sui generis aan de orde.

(ii) Jurisprudentie en literatuur.

Een uitspraak waarin een geheimhoudingsplicht dan wel een verschoningsrecht van de Deken met zoveel woorden wordt erkend is, zoals al hierboven gezegd, ons niet bekend, noch in de gewone rechtspraak noch in het tuchtrecht. Toch biedt de jurisprudentie steun aan onze opvatting.

In het Happy Familyarrest¹⁹ besliste de Hoge Raad dat een verschoningsrecht niet alleen bestaanbaar is voor bepaalde vertrouwensberoepen (zoals bijvoorbeeld in het Notaris Maasarrest was beslist) maar ook kan afhangen van een “functie in de samenleving en een afweging van het maatschappelijk belang dat in belang met die functie gediend is met toekenning van zulk een recht (te weten het verschoningsrecht), tegenover het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt”.

Hoe moet worden beoordeeld of van zo’n verschoningsrecht sprake is heeft de Hoge Raad uitgemaakt in het Vertrouwensartsarrest.²⁰

“...een functionele geheimhoudingsplicht en een daarop te baseren verschoningsrecht (kunnen) uitsluitend ... worden aanvaard indien en voor zover moet worden aangenomen: (1o) dat met het effectief kunnen uitoefenen van het desbetreffende beroep zwaarwegende maatschappelijke belangen zijn gemoeid; (2o) dat de gerede mogelijkheid bestaat dat zonder het aanvaarden van de desbetreffende geheimhoudingsplicht en het daarop te baseren verschoningsrecht deze laatste belangen aanmerkelijk zouden kunnen worden geschaad en (3o) dat voor dit laatste de belangen die gemoeid zijn met de waarheidsvinding in rechte, moeten wijken.”

Toepassing van deze maatstaf brengt Fernhout ertoe de Deken, bij het uitoefenen van de hem in art 46c lid 2 Advw bedoelde taak een geheimhoudingsplicht en een verschoningsrecht toe te denken.²¹

Wij komen tot dezelfde conclusie.

Wij zien in het goed functioneren van de advocatuur, als georganiseerd in de Nederlandse Orde van Advocaten een aanmerkelijk maatschappelijk belang. Wij hebben ook aangegeven dat dit belang in sterke mate gediend wordt door het aan de Deken toekennen van geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht. Hij speelt immers een sleutelrol bij het

¹⁹ HR 7 november 1986, NJ 1987, 457.

²⁰ HR 15 oktober 1999, NJ 2001, 42.

²¹ F.J.Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken* diss. Uitgeverij Gianni, 2004, p 277.

bewaken van het evenwicht tussen het aan de advocatuur toegekende instrumentarium van bijzondere bevoegdheden enerzijds en het toezien op een juist gebruik daarvan en het waar maken van het daaraan verbonden maatschappelijke vertrouwen in de beroepsgroep. Daarmee wordt voldaan aan het eerste criterium van het Vertrouwensartsarrest.

Daarmee wordt echter ook aan het tweede criterium voldaan. Door het ontkennen van deze plicht en dit recht kan de Deken zijn taak niet naar behoren uitvoeren. Dat raakt onmiddellijk dat evenwicht en daarmee het behoorlijk functioneren van de advocatuur. Dit schaadt het maatschappelijk belang.

Dit geeft aan het belang van geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht een gewicht dat wij zonder enige twijfel zwaarder achten dan de waarheidsvinding, waarmee aan het derde criterium van het Vertrouwensartsarrest is voldaan. Omdat de controlerende rol van de Deken direct verband houdt met het vertrouwen dat de samenleving in de advocatuur mag hebben, achten wij die rol gelijkwaardig aan diens rol in het tuchtrecht.

(iii) Europees recht

Ook uit de Europese regelgeving die ten grondslag ligt aan de WID en Wet MOT kan worden afgeleid dat de daarin voorgestelde modaliteiten uitgaan van een verschoningsrecht van de Deken.

In Richtlijn 91/308/EEG van de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld zoals gewijzigd door richtlijn 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001 (hierna “de witwasrichtlijn”) werd de meldingsplicht inzake witwassen uitgebreid tot onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen zoals advocaten.

Het gewijzigde artikel art. 6. 3. bepaalt: “In het geval van de in artikel 2 bis, punt 5, bedoelde notarissen en onafhankelijke

beoefenaars van juridische beroepen kunnen de lidstaten een *passende zelfregulerende instantie van het desbetreffende beroep* (cursivering auteurs) aanwijzen als de autoriteit die op de hoogte moet worden gesteld van de in lid 1, onder a), van dit artikel bedoelde feiten en stellen zij de passende vormen van samenwerking tussen deze instantie en de voor de bestrijding van het witwassen van geld verantwoordelijke autoriteiten vast.”

Deze bepaling laat de nationale wetgever toe om een zelfregulerende instantie van de betrokken beroepsgroepen op te stellen als “filter” tussen de individuele beoefenaars van het juridische beroep en de instanties belast met de controle op- en de opsporing van het witwassen.

Weliswaar hebben de lidstaten een grote vrijheid om de modaliteiten van de samenwerking tussen de zelfregulerende instantie van de beroepsgroep en de instantie belast met de bestrijding van het witwassen vast te leggen, maar de ratio van het fungeren van de beroepsgroep als ‘filter’ is volstrekt helder: het gaat erom een extra garantie te geven voor de handhaving van het beroepsgeheim en het verschoningsrecht.

De Advocaat Generaal bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, Poiares Maduro bevestigde dit in zijn conclusie naar aanleiding van een zaak die door verschillende Belgische Ordes van advocaten was ingespannen bij het Belgisch Grondwettelijk Hof tegen de wijziging van de witwasrichtlijn in het kader waarvan een prejudiciële vraag was gesteld, als volgt:

“82. It must, in that regard, be pointed out that the obligation at issue is coupled with certain safeguards which take account of the specific nature of the legal profession. The Directive provides, to that end, for two types of safeguard. Firstly, under the first subparagraph of Article 6(3), Member States may designate an appropriate self-regulatory body of the profession concerned as the authority to be informed in the event of a report. That body has, as it were, a filtering and supervisory function, so that

lawyers' duty of professional discretion vis-à-vis their clients can be preserved. ... Those safeguards may be regarded as appropriate and effective for the purpose of protecting the integrity of the relationship between lawyers and their clients.”²²

Ook de preambule van de richtlijn laat geen twijfel over met betrekking tot de vraag of het hier wel gaat om een constructie ter bescherming van beroepsgeheim en verschoningsrecht in de volgende passage:

“(20) In het geval van notarissen en onafhankelijke juridische beroepsbeoefenaars moet het de lidstaten, met het oog op de eerbiediging van de geheimhoudingsplicht van deze beroepsbeoefenaars jegens hun cliënten, worden toegestaan de balie of andere zelfregulerende instanties voor onafhankelijke beroepsbeoefenaars aan te wijzen als de instantie waaraan deze mogelijke gevallen van witwassen kunnen melden. De regels betreffende de behandeling van die meldingen en de eventuele latere doormelding daarvan aan de „voor de bestrijding van het witwassen van geld verantwoordelijke autoriteiten” en in het algemeen de passende vormen van samenwerking tussen de balies of beroepsorganisaties en deze autoriteiten worden door de lidstaten vastgesteld,”

Vastgesteld kan worden dat de Europese wetgever uitdrukkelijk als mechanisme ter waarborging van het beroepsgeheim en het verschoningsrecht een filterfunctie door de desbetreffende beroepsgroep heeft voorzien. In het geval van de advocaten gaat het daarbij om de Deken, de Orde van Advocaten of door haar hiertoe speciaal opgerichte of aangewezen organen.

Het is evident dat deze zelfregulerende organen – conform de bedoeling van de Europese wetgever – hun rol als filter alleen effectief kunnen spelen als ze de mogelijkheid hebben om gegevens waarvan zij oordelen dat ze onder het beroepsgeheim en dus onder het verschoningsrecht van de individuele beroepsbeoefenaar vallen, daadwerkelijk kunnen afschermen. Dat

²² <http://curia.europa.eu> Case C-305/05

veronderstelt dat de betrokken zelfregulerende organen en hun leden en medewerkers zelf ook een verschoningsrecht genieten voor wat betreft de gegevens die hen werden toevertrouwd in het kader van hun functie als “filter”.

Rechtsvergelijking

In paragraaf (iii) hierboven kwam aan de orde de door de witwasrichtlijn geboden mogelijkheid om bij de implementatie ervan in nationale wetgeving een zelfregulerende instantie van de beroepsgroep, bijvoorbeeld de deken, een “filterrol” te laten vervullen bij de controle op de meldingsplicht van advocaten. Twee recente uitspraken, gewezen in respectievelijk België en Frankrijk, waar van deze mogelijkheid gebruik is gemaakt, bevestigen het belang van de filterfunctie van een instantie als de deken als waarborg voor het beroepsgeheim van de advocaat. Deze uitspraken sterken ons in ons standpunt dat de deken ten aanzien van informatie die hij ontvangt in het kader van het toezicht op de naleving van de witwasbepalingen een beroepsgeheim en een verschoningsrecht moet hebben en dus ook heeft.

De eerste uitspraak is afkomstig van het Belgisch Grondwettelijk Hof en dateert van 18 januari 2008²³. In België is de witwasrichtlijn geïmplementeerd door de wet van 12 januari 2004 “tot wijziging van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, en de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs”.²⁴ Op grond van deze wet zijn advocaten bij de uitoefening van in de wet specifiek genoemde activiteiten kort gezegd verplicht een vermoeden van witwassen te melden aan de stafhouder van de orde waartoe zij

²³ Arrest Grondwettelijk Hof nr. 10/2008 van 23 januari 2008, rolnummers 3064 en 3065.

²⁴ Bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 23 januari 2004, tweede uitgave.

behoren.²⁵ Dit hoeven ze niet te doen indien ze de informatie van of over hun cliënt ontvangen of verkrijgen wanneer ze de rechtspositie van hun cliënt bepalen, danwel die cliënt in of in verband met een rechtsprocedure verdedigen of vertegenwoordigen, met inbegrip van “procedure gebonden” advisering, ongeacht of de informatie vóór, tijdens of na een dergelijke procedure wordt ontvangen.

De stafhouder, die een controlefunctie heeft bij de naleving door advocaten van hun verplichtingen op grond van deze wet, geeft de informatie door aan de Cel voor financiële informatie verwerking, echter slechts indien aan de door de wet genoemde voorwaarden voor melding is voldaan.

Het Grondwettelijk Hof heeft in het arrest van 18 januari 2008 een aantal bepalingen van deze wet getoetst en nader geïnterpreteerd. Het arrest is gewezen naar aanleiding van een verzoek van de Belgische orden van advocaten tot vernietiging van een aantal bepalingen van de wet, omdat deze bepalingen strijdig zouden zijn (onder meer) met de fundamentele beginselen van de onafhankelijkheid van de advocaat en het beroepsgeheim.²⁶

Een van de aangevallen bepalingen betreft art. 27 van de wet. Deze bepaling verplicht advocaten om, na een door hen verrichte melding van feiten die een vermoeden van witwassen opleveren, op een daartoe strekkend verzoek van de Cel voor financiële informatieverwerking, rechtstreeks aanvullende gegevens te verstrekken. Een verwijzing naar de eerdergenoemde filterfunctie van de stafhouder, die wel specifiek is ingezet bij de “eerste melding”, ontbreekt echter in de tekst. Het Grondwettelijk Hof heeft in het arrest bepaald dat deze bepaling aldus geïnterpreteerd moet worden dat iedere mededeling van informatie aan de Cel voor financiële informatieverwerking via de stafhouder verloopt. In punt B.14.2 overweegt het Hof dat “*Het optreden van de stafhouder bij het meedelen van gegevens door de advocaten aan*

²⁵ Art. 25 van de Wet van 12 januari 2004. Voor een omschrijving van de algemene taken en bevoegdheden van de stafhouder, zie art. 447 en verder van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek.

²⁶ In deze zaak is door het Grondwettelijk Hof in een eerder stadium een prejudiciële vraag voorgelegd aan het Hof van Justitie EG, die heeft geleid tot het arrest van het HvJ EG van 26 juni 2007, NJ 2007, 476.

de Cel voor financiële informatieverwerking een wezenlijke waarborg is, zowel voor de advocaten als voor hun cliënten, die de zekerheid biedt dat alleen in de gevallen waarin de wet op strikte wijze voorziet, het beroepsgeheim zal worden geschonden". Het optreden van de stafhouder is volgens het Hof opgevat "als "een filter" tussen de advocaten en de gerechtelijke overheden "om elke inbreuk op de fundamentele rechten van de verdediging te vermijden."²⁷ Het optreden van de stafhouder wordt dus door het Grondwettelijk Hof als een wezenlijke waarborg van het beroepsgeheim beschouwd.²⁸ Deze waarborgfunctie kan naar ons oordeel alleen tot zijn recht komen indien ervan wordt uitgegaan dat de stafhouder in zijn hoedanigheid een beroepsgeheim toekomt ten aanzien van de in door hem in genoemde controlefunctie ontvangen gegevens, dat door het verschoningsrecht wordt beschermd.

In Frankrijk is onlangs een vergelijkbare kwestie aan de orde geweest en beslecht bij uitspraak van 10 april 2008, gewezen door de Franse Conseil d'Etat.²⁹ In deze uitspraak heeft de Conseil d'Etat het Decreet nr. 2006-736 van 26 juni 2006 ("het anti-witwas decreet")³⁰ gedeeltelijk vernietigd. Dit Decreet wijzigde een aantal bepalingen uit de Code Monétaire et Financier, de Franse implementatie-wetgeving van de anti-witwasrichtlijn. Een van die bepalingen is art. R. 562-2, derde alinea, dat erop neerkomt dat de Franse antiwitwaseenheid, TRACFIN, meldplichtige advocaten rechtstreeks om aanvullende informatie kan vragen, zonder de filterfunctie van de batonnier, de deken, in te roepen. De Conseil d'Etat is van oordeel dat deze bepaling in strijd is met het beroepsgeheim van de advocaat en dat advocaten niet verplicht moeten worden om informatie aan TRACFIN te

²⁷ Parl. St. kamer, 2003-2004, DOC 51-0383/001, p. 17. Het Hof verwijst in deze overweging ook naar overweging 20 van de witwasrichtlijn, waaruit blijkt dat de richtlijn heeft voorzien in het optreden van een zelfregulerend beroepsorgaan "met het oog op de eerbiediging van de geheimhoudingsplicht van [de advocaten] jegens hun cliënten".

²⁸ In punt B.7.1. benadrukt het Hof dat het beroepsgeheim, waarvan de schending, behalve tuchtrechtelijk, met name in artikel 458 van het Belgisch Strafwetboek wordt gesanctioneerd, een fundamenteel recht van de verdediging is.

²⁹ De Franse Raad van State.

³⁰ J.O. nr. 147 van 27 juni 2006, p. 9625, nr. 2.

melden, zonder tussenkomst van, in dit geval, de deken. Dit klemmt te meer, daar in art. R 562-2-1 van de Code Monétaire et Financier juist wel is voorzien in de filterfunctie van de deken, daar waar een advocaat een vermoeden van witwassen onder de wet zou willen melden. De Conseil d'Etat versterkt aldus de filterrol van de deken, ter bescherming van de vertrouwelijkheid tussen de advocaat en zijn cliënt.

Ter inspiratie voor een eventuele Nederlandse regeling, hebben we in het kader van dit onderzoek tevens een quick-scan gedaan van de op advocaten betrekking hebbende wet-en regelgeving van een aantal CCBE-Lidstaten, om te bezien of daar specifieke bepalingen bestaan omtrent het *sui generis* beroepsgeheim of verschoningsrecht van de deken.³¹ Ons is niet gebleken van een specifieke in regelgeving opgenomen geheimhoudingsplicht of verschoningsrecht van de deken of vergelijkbaar instituut ten aanzien van zijn specifieke “dekenfuncties”.

Twee regelingen willen we hier echter niet onvermeld laten:

- Art. 56-1 van de Franse Code de procédure pénale. Deze bepaling heeft betrekking op de doorzoeking van opsporingsinstanties in de woning of in het kantoor van advocaten en beschrijft de te volgen procedure. Niet alleen voorziet deze bepaling erin dat een dergelijke doorzoeking slechts kan plaatsvinden in aanwezigheid van de deken of een afgevaardigde van de deken, de bepaling wordt ook van toepassing verklaard ingeval een doorzoeking plaatsvindt op bijvoorbeeld het kantoor van de plaatselijke orde, of in de woning of in het kantoor van de deken;³²
- Art. 76 van de Duitse Bundesrechtsanwaltschaftsordnung. Hierin is bepaald dat leden van de Vorstand van de Rechtsanwaltskammer (bestuursleden) een

³¹ Gezocht is in regelgeving in België, Frankrijk, Duitsland en Denemarken. Het onderzoek heeft zich in verband met het korte tijdsbestek waarin dit onderzoek heeft plaatsgevonden slechts beperkt tot de voor advocaten toepasselijke regelgeving. Afgezien van twee recente uitspraken, die hierboven zijn behandeld, is geen jurisprudentie of literatuur onderzocht.

³² Vergelijk dit met de in Nederland ook aangenomen geheimhoudersrol van de Dekens bij een doorzoeking, zoals hierboven genoemd op blz 20.

geheimhoudingsplicht hebben ten aanzien van alle informatie die ze in hoedanigheid van bestuurslid over advocaten of andere personen bekend is geworden. Deze geheimhouding geldt jegens een ieder en duurt voort na het aftreden als bestuurslid. Een gelijke geheimhoudingsplicht geldt ook voor advocaat-medewerkers en personeel van de Rechtsanwaltskamer.³³

Het minste wat van dit Europese mini-rondje gezegd kan worden is dat de Deken een rol wordt toegedacht, in rechtspraak of in wetgeving, die hem van een verschoningsrecht voorziet. De rol van, met name de stafhouder of batonnier in België en Frankrijk is in grote mate vergelijkbaar met die van de Nederlandse Deken. Rechtsvergelijkend is er dus ook steun voor onze mening.

5.3 De auditor

Bij de controle op de naleving van de WID en de Wet MOT kan de Deken een hulppersoon inschakelen, de auditor. Ook in andere gevallen kan de Deken taken delegeren. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan het opdragen van het onderzoek naar een klacht aan een lid van de Raad van Toezicht (art 46c lid 3 Advw). De tweede onderzoeksvraag betreft het al dan niet aan de auditor toekomende verschoningsrecht. Wij kunnen daarover kort zijn. De auditor die bij de controle WID en MOT ingeschakeld wordt is een advocaat. Evenals bij de Deken het geval is, zal de auditor in die hoedanigheid echter niet als advocaat kwalificeren. Het advocatenverschoningsrecht zal hem dus hoogstwaarschijnlijk niet toekomen. De auditor beschikt echter over een afgeleid verschoningsrecht in eigenlijke zin, een zuiver afgeleid verschoningsrecht zoals hierboven in 5.1 beschreven. Dit is het verschoningsrecht van de door de verschoningsgerechtigde bij de

³³ Vergelijk ook art. 184 BRAO, dat deze geheimhoudingsplicht oplegt aan leden van het Präsidium van de Vorstand.

uitvoering van een aan verschoningsrecht onderhevige beroepsactiviteit ingeschakelde hulppersoon.³⁴

Wij hebben uiteengezet dat de Deken een verschoningsrecht toekomt bij de uitoefening van zijn Dekanale taken. Dan kan er geen twijfel bestaan aan het toekomen van een afgeleid verschoningsrecht aan de daarbij ingeschakelde hulppersoon. Daarbij maakt het geen verschil of de auditor, of andere hulppersoon, advocaat is. Het gaat immers niet om een eigen, maar om het van een ander afgeleide, verschoningsrecht. Iedere andere opvatting zou tot ongerijmde consequenties leiden: Zonder afgeleid verschoningsrecht zou de Deken zelf niet, maar zijn secretaresse wel als getuige opgeroepen kunnen worden en verplicht zijn tot antwoorden. Hetzelfde geldt voor de ingeschakelde auditor. Ontkennen van zijn (afgeleide) verschoningsrecht betekent in wezen een ontkennen van dat van de Deken.

Voor alle duidelijkheid, maar ook ten overvloede, merken wij op dat, als de Deken niet over het door ons aangenomen, hierboven in 5.2 beargumenteerde, verschoningsrecht zou beschikken, zijn hulppersonen dat ook niet kunnen. Het is immers een *afgeleid* verschoningsrecht. Dat de Deken wél een verschoningsrecht toekomt achten wij echter het enige juiste standpunt.

³⁴ Zie ook noot 15.

6. Voorstel aanpassing Advocatenwet

De conclusie uit het voorgaande is duidelijk: de Deken heeft zowel een geheimhoudingsplicht als een verschoningsrecht met betrekking tot al hetgeen hem in zijn hoedanigheid van Deken is toevertrouwd. Hierbij komt aan ‘hoedanigheid’ en ‘toevertrouwd’ dezelfde betekenis toe als in het kader van de bestaande leer aan deze begrippen wordt toegekend met dien verstande dat de hoedanigheid beperkt is tot de taken van de Deken die hem door wet, Verordening in de zin van art 28 Advw of de Gedragsregels (die als besluit van het CvA ook krachtens de Advocatenwet tot stand gekomen zijn) zijn opgedragen.

Met deze conclusie zouden wij kunnen volstaan. Wij hebben ons echter ook afgevraagd of de conclusie op zich voldoende is. Met de overweging – hier niet nader toegelicht maar als bekend aangenomen – dat het verschoningsrecht onder druk staat, zouden wij het expliciet vast leggen van onze conclusie in wetgeving willen aanbevelen. In de huidige wetsbepalingen³⁵ wordt een verschoningsrecht toegekend aan ‘hen die uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking’ dit recht toekomt. De hierboven genoemde jurisprudentie heeft dit ingevuld. De Deken komt daar echter niet in voor en ook omdat een aanscherping van WID en Wet MOT en mogelijk vergelijkbare wetgeving eerder verwacht mag worden dan een verzachting daarvan, zou een verduidelijking van de positie van de Deken helderheid verschaffen waar deze tot nu toe ontbreekt.

Gedacht zou kunnen worden aan een bepaling van de volgende inhoud: ‘De Deken is verplicht tot geheimhouding van al hetgeen hem in zijn hoedanigheid wordt toevertrouwd bij het uitoefenen van de taken die hem in of krachtens de wet worden opgedragen, behoudens voor zover openbaar maken uit die uitoefening voortvloeit. Terzake van hetgeen onder deze geheimhoudingsplicht valt, komt de Deken een verschoningsrecht toe.’ Deze bepaling zou bijvoorbeeld als lid 3 aan art 35 Advw

³⁵ Zie hierboven onder 2.

kunnen worden toegevoegd, indien niet de voorkeur wordt gegeven aan een nieuw artikel. Wellicht kan deze suggestie vorm gegeven worden bij de thans lopende wijziging van de Advocatenwet.